

# 間接差別と憲法

## Disparate Impact Theory and Equal Protection

安 西 文 雄

### I 間接差別とは

#### 1. 間接差別の概念およびその由来

差別という概念は、直接差別と間接差別に分けられる。直接差別とは、「人種・性別などの差異を基準として取扱の違いを生じさせる」<sup>(1)</sup>のものであり、われわれが通常、人種差別、性差別としてとらえているのは、こちらに該当する。特定の人種あるいは性別に属する者には一定の権利・利益を付与しない、あるいは重い義務を課すなど、区別事由が明示されるため、人種差別、性差別であると認定することは比較的容易である。

これに対し、間接差別とは、「区別の基準は一見中立的だが、結果として一定の属性を共有する人々に偏って不利を生じさせるような取扱」<sup>(2)</sup>であり、こういったものまで人種差別、性差別と把握しうるのか、という問題が提起される。そして現在、直接差別のみならず間接差別をも視野に入れて平等論を考察しなければ社会に存在する差別問題を理解するには不十分、という認識は、ようやくにしてゆきわたりつつあるといえる。

間接差別の具体例として、この問題のリーディング・ケースとされるアメリ

---

(1) 浅倉むつ子＝西原博史編著『平等権と社会的排除』序Ⅲ頁〔浅倉＝西原執筆〕(2017)。

(2) 浅倉＝西原・前出注(1)序Ⅲ頁

カの判例, Griggs v. Duke Power Co<sup>(3)</sup> をみてみよう。本件会社の職場では五つの部署に分けられており、これまでアフリカン・アメリカン（黒人）は給与が最も低い「労働」の部署に配属されていた。のちに他の部署に配属替えを求めるとされたものの、そのためには高卒資格などの学力要件が必要とされた。伝統的な人種差別の残存効果のため、アフリカン・アメリカン（黒人）のなかにはこの要件を充足する者が比較的少なく、彼らに対し白人よりも不利な効果が生じてしまった、という事案である。

この事案で用いられた区別事由は学力要件であり、人種などの疑わしい事由ではない。しかし、それによって生ずる現実の効果は、従前の人種差別の効果の温存、再生産となり、アフリカン・アメリカン（黒人）に不利である。人種中立的基準が差別的効果を生じているわけである。これが公民権法7編——人種、皮膚の色、宗教、性別、または出身国による雇用上の差別を禁止する規定——に反するかが問われたのであるが、連邦最高裁判所（以下、連邦最高裁）は、この規定につき、「あからさまな差別のみならず、文面上は公平であっても運用上差別的な行為をも禁止するものである」<sup>(4)</sup> と述べて、差別的効果のある場合も公民権法7編という雇用上の人種差別に該当すると判示した。

こういった間接差別の概念の由来に関し、わが国の厚生労働省内に設けられた学識経験者の研究会「男女雇用機会均等政策研究会」の報告書（2004年）は、簡潔に次のようにまとめる。「初めてこの概念が登場したのは、アメリカにおける1971年のGriggs事件連邦最高裁判決であり、1964年の公民権法第7編……の解釈として『差別的効果（disparate impact）の法理』が確立した。」「アメリカにおいて生成、発展した差別的効果法理の概念は、ヨーロッパに渡り、間接差別と呼ばれるようになった」。

ちなみに、直接差別および間接差別の概念に関し、若干の見解のくい違いがあるので言及しておきたい。ひとつには、人種、性別などの区別事由を明示す

(3) Griggs v. Duke Power Co, 401 U.S. 424 (1971).

(4) *Id.* at 431.

れば直接差別であり、区別事由を明示しないが差別的効果がある場合、間接差別であるとする区分法がある<sup>(5)</sup>。もうひとつには、人種、性別などの区別事由を明示なくとも、人種差別的意図あるいは性差別的意図がある場合は、区別事由を明示した場合と同じく直接差別ととらえ<sup>(6)</sup>、差別的効果がある場合のうち残余のものにつき間接差別とする区分法がある。

本稿ではさしあたり、以上ふたつのうち、前者の区分法に従うこととする。ただし、とりわけアメリカの公民権法との関係で議論を進めるときには、差別的効果の法理、あるいは中立的基準の差別的効果という用語を用いることとする。

## 2. わが国における間接差別の法理の展開

わが国においては、とりわけ雇用における間接差別としての性差別に対処する必要から、労働法学を中心として考究が進められてきた<sup>(7)</sup>。先に言及した男女雇用機会均等政策研究会などはまさにその一環であるが、そういった検討を受けて2006年の雇用機会均等法改正により、7条に間接差別に関する規定が新たに設けられた。次のような条文である。

事業主は、募集及び採用並びに前条各号に掲げる事項に関する措置であって労働者の性別以外の事由を要件とするもののうち、措置の要件を満たす

---

(5) 白水隆「憲法上の平等権概念と間接差別（一）」法学論叢 170 巻 3 号 89 頁以下、92-93 頁（2011）によれば、カナダではこのような区分法が用いられている。つまり「もっぱら両者の区別を文面上明示されているかないかで区別している」、という。

(6) 中窪裕也「間接差別——労働法学の立場から」ジュリ 1300 号 116 頁以下、117、119 頁（2005）は、差別的意図または意思がある場合、むしろ直接差別ととらえている。また、木下潮音「間接差別——使用者側の立場から」ジュリ同号 126 頁以下、127 頁も、三陽物産事件などにつき、「意図して行われる男女差別の事例」であり直接差別の事例ととらえている。

(7) 藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』（2007）、中窪裕也『アメリカ労働法〔第2版〕』（2010）、相澤美智子『雇用差別への法的挑戦』（2012）などの業績が目される。

男性及び女性の比率その他の事情を勘案して実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置として厚生労働省令で定めるものについては、……合理的な理由がある場合でなければ、これを講じてはならない。

注目すべき規定である。これに関し二点、指摘しておこう。

第一に、既述のごとく、わが国ではじめて間接差別の法理を法律の明文をもって導入したという点である。7条によれば、「性別以外の事由を要件」とするが「実質的に性別を理由とする差別となる」としている箇所がポイントである。

第二に、7条で扱う間接差別について、「厚生労働省令で定めるもの」に限定していることである。つまり限定列举方式（ポジティブ・リスト方式）であり、このように間接差別が当てはまるケースについて限定列举とすることは、諸外国に例をみないことといわれる<sup>(8)</sup>。

わが国においてなぜ限定列举方式をとったのだろうか。「我が国においては、現時点では、どのようなものを間接差別として違法とすべきかについて十分な社会的合意が形成されているとはいえない状況にあることをかんがみると、本法に間接差別を規定し、これを違法とし、指導等の対象にするに当たっては、対象となる範囲を明確にする必要がある」<sup>(9)</sup> ため、と説明される。

そこで、厚生労働省令でいかなるものが定められているかであるが、現在のところかなり限定的である<sup>(10)</sup>。募集、採用にあたって一定の身長・体重・体力を要件とした場合（身長・体重・体力要件）、募集、採用、昇進、職種の変更に当たって全国転勤を要件とした場合（全国転勤要件）、昇進に当たって転

(8) 木下潮音ほか座談会「男女雇用機会均等法の論点」法律時報79巻3号4頁以下（2007）における森戸英幸発言（12頁）、山川隆一発言（13頁）参照。

(9) 改正雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律の施行について（厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通達（平成18年10月11日雇児発第1011002号）。また参照、財団法人21世紀職業財団『詳説 男女雇用機会均等法』135頁（2007）。

(10) したがって本文中で述べたように、参議院厚生労働委員会の付帯決議および衆議院厚生労働委員会の付帯決議で、対象事項の追加が求められたわけであるが、厚生労働省令自体、平成25年12月に改正されている（平成26年7月1日施行）。

勤経験を要件とした場合（転勤経験要件）、の三つである。

実は、前述の男女雇用機会均等政策研究会の報告書では、例として七つのものがあげられており、しかも限定列举方式をとる考え方は看取されない<sup>(11)</sup>。とすれば、雇用機会均等法の改正プロセスにおいて、限定列举化、および列举事項の削減という作業がなされていたことになる。

ただし、このような方向性には法律改正のプロセスにおいても疑義を呈する向きがあった。社会民主党・護憲連合、日本共産党共同提出の修正案には<sup>(12)</sup>、間接差別につき厚生労働省令規定事項に限定することに反対する立場が表明されているし、参議院厚生労働委員会の付帯決議<sup>(13)</sup>、および衆議院厚生労働委員会の付帯決議<sup>(14)</sup>では、「間接差別は厚生労働省令で規定するもの以外にも存在しうるものであること」に留意するとともに、「機動的に対象事項の追加、見直しを図ること」が求められている。さらに衆議院厚生労働委員会の付帯決議のほうでは、「省令で規定する以外のものでも、司法判断で間接差別法理により違法と判断される可能性があることを広く周知」することが要請されている。

このようにみえてくると、間接差別の概念は、別段、厚生労働省令に規定されたものに限定されないという認識は共有されているといえる。すなわち、省令に規定された三ケースは、雇用機会均等法で取りあげ、その紛争解決システムにのせる間接差別の列举である。しかし、間接差別の概念そのものについては例示にすぎない、という位置づけになろう<sup>(15)</sup>。

---

(11) 木下ほか座談会・前出注(8)における山川隆一発言(13頁)によれば、「研究会報告の中では、概念を明確化する必要がある、あるいは予測可能性を高める必要があるということは指摘して、具体的にどうするかというところまで踏み込んでいませんでしたので、そこは労使の合意を得るための審議会での議論の経緯で、現在のこのような仕組みになったのではないかと推測しています」という。

(12) 財団法人21世紀職業財団・前出注(9)76-79頁に収録。

(13) 財団法人21世紀職業財団・前出注(9)80頁に収録。

(14) 財団法人21世紀職業財団・前出注(9)85-86頁に収録。

(15) 財団法人21世紀職業財団・前出注(9)136頁参照。

### 3. わが国の憲法学における間接差別論

わが国における間接差別論については、既述のように、雇用機会均等法の改正が課題となったため労働法学が先行してきた。これに対し憲法学における平等論では、直接差別のほうに関心の中心においてきた。人種や性別などの明示的な事由による区別があることを前提とし、そういった区別につきいかなる合憲性審査枠組みが設定されるべきか、というところに学説展開の力点がおかれてきたわけである。

しかし、2006 年に改正された雇用機会均等法 7 条は、労働法学のみならず憲法学に対しても間接差別の考察を求めるものとなろう。労働関係以外でも、たとえば夫婦別姓訴訟<sup>(16)</sup>などは、後述するように間接差別としての性差別を論点のひとつとして含んでいる。憲法学における間接差別論も、今後深まりをみせてゆくことが期待される状況にある<sup>(17)</sup>。

## II わが国の裁判例にみる間接差別

### 1. 三陽物産事件<sup>(18)</sup>

考察をより具体的なレベルに移してみよう。間接差別に関し、わが国においてどのような裁判事例があるか、若干のものを取り上げてみたい。

(16) 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁。

(17) 白水隆「憲法上の平等権概念と間接差別（一）～（三・完）」法学論叢 170 卷 3 号 89 頁以下、171 卷 4 号 67 頁以下、5 号 66 頁以下（2011～2012）などが先行業績として注目される。また、黒岩容子「間接差別禁止法理の形成と『平等』・『差別』概念の発展」浅倉＝西原・前出注(1)41 頁以下、65 頁は、「間接性差別禁止法理は、……憲法 14 条 1 項がいう差別禁止に含まれると考える」と論ずる。

(18) 東京地判平成 6 年 6 月 16 日労判 651 号 15 頁。なお、三陽物産事件に先行する裁判例として、日産自動車家族手当請求事件（東京地判平成元年 1 月 26 日判時 1301 号 71 頁）があり、間接差別に関連して参酌される。日産自動車では、扶養家族を有する世帯主たる従業員に家族手当を支給していたが、その場合、世帯主を実質的に解し、家族を実質的に扶養している者とし、後、夫または妻のうちいずれか収入の多い方としていた。住民票の届出によらず、世帯主を実質的にとらえている点が留意される。ところがこのように実質的にとらえた世帯主であっても、男性の方が

間接差別への関心を喚起した比較的早い時期の事例としてしばしば取り上げられるのが、三陽物産事件である。三陽物産においては、①家族を有する世帯主である従業員（世帯主・非世帯主の基準）、②非世帯主または独身の世帯主であっても勤務地域を限定しない従業員（勤務地限定・無限定の基準）に対しては、実年齢に応じた本人給を支給するが、③非世帯主や独身で、転勤のない従業員に対しては、26歳で本人給を据え置きとする給与規定が用いられていたが、これにつき労働基準法（以下、労基法）4条の男女同一賃金の原則違反（性差別）が問われた。世帯主・非世帯主の基準も勤務地限定・無限定の基準も、ともに形式上は性別による差別ではないが、こういった基準を適用した結果、女子従業員に対し差別的効果を招来するからである。

判旨においては、世帯主・非世帯主の基準についても、勤務地限定・無限定の基準についても、ともに労基法4条に違反すると判断された。まず、世帯主・非世帯主の基準についてである。会社による本基準の運用のあり方として、「実際には、男子従業員については、非世帯主又は独身の世帯主であっても、女子従業員と扱いを異にし、一貫して実年齢に応じた本人給を支給してきて」いることが指摘される。つまり、基準の運用上、非世帯主や独身で転勤のない従業員であるからといって本人給が26歳で据え置かれるのは女子従業員のみであった。とすれば本件は、端的に性差別なのである。

さらに会社は、本件の基準を制定した「当時女子従業員のほとんど全員が非世帯主又は独身の世帯主であること、将来においても大多数において非世帯主又は独身の世帯主のいずれかであろうことを認識していたものと認めざるを得ない」としている。この判示部分は推測するに、後述するアメリカ判例理論における意図テスト<sup>(19)</sup>を意識しているように感じられる。

---

女性よりも多いので、性差別が問われた。

判旨では、「本件家族手当が……生活補助費の性質が強い事実に鑑みると、家族手当を実質的意味の世帯主に支給する被告会社の運用は強ち不合理なものとはいえない。さらにまた……夫又は妻のいずれか収入の多い方に支給するとすることは、……これまた必ずしも不合理なものとはいえない」とされた。

(19) 意図テストに関しては、安西文雄「法の下での平等について（3）」国家学会雑誌 110 巻 7・8 号 1 頁以下、35-57 頁（1997）など参照。

また勤務地限定・無限定の基準についても、実際の運用のあり方をみるに、男子従業員「全員に実年齢による本人給を支給」しており、この基準によって本人給の据え置きがなされているのは女子従業員のみである。また、この基準は「女子従業員の本人給が男子従業員のそれより一方的に低く抑えられる結果となることを容認して制定され運用されてきた」という、会社側の主観的事情も指摘される。

本件判決は、間接差別に関する判断のあり方を模索しつつ判断を下しているように見える。一方で、本件判決を二段階で論理が組み立てられたものとみることも可能であろう。第一段階として、基準は性中立的であっても、その運用は端的に性差別、ということがあり、この点だけでも本件の労基法 4 条違反という結論は導出できる。さらに念を押して第二段階として、性中立的な基準であってもそれが性差別的意図をもって設定されているとみられるため<sup>(20)</sup>、やはり性差別という結論が導かれるのである。

もう一方で、本件判決は差別的意図を探求したものであり、基準の性差別的運用は差別的意図の証左とされているとみることも可能であろう<sup>(21)</sup>。

## 2. 被災者自立支援金請求事件<sup>(22)</sup>

次に、被災者自立支援金請求事件をみてみよう。財団法人阪神・淡路大震災復興基金は資金を兵庫県と神戸市からの拠出によっており、かつ、その事務局が兵庫県庁内にあるというように、公的性格の強い存在である。この法人は阪神・淡路大震災の被災者に自立支援金を支給していたが、その対象を世帯主が被災している場合に限定していた（世帯主被災要件）。阪神・淡路大震災の被災者  $X_1$ （女性）と被災者でない  $X_2$ （男性）は震災後に結婚し、 $X_2$  が世帯主

(20) 相澤美智子「間接差別法理の内容と適用可能性」日本労働研究雑誌 538 号 32 頁以下、39 頁（2005）は、本件につき、「裁判所が違法性の根拠を使用者の意図に見いだした点で、欧米における間接差別法理が適用されたとはまではいえない」と評価している。また参照、道幸哲也「判批」判例評論 434 号 73 頁（1995）。

(21) 水島郁子「判批」民商 112 巻 1 号 115 頁以下、120 頁（1995）。

(22) 大阪高判平成 14 年 7 月 3 日判時 1801 号 38 頁。



になったので、世帯主被災要件を充足することができず、自立支援金を受給することができなかった。そこで彼らは、本件の世帯主被災要件は世帯間差別であり、かつ性差別であると主張して争った。

判決においては結論的に、「本件自立支援金制度における世帯主被災要件は、世帯間差別及び男女間差別を招来するもの」であるとして、「公序良俗に違反した無効なもの」と判断された。

すなわち、「被災者と非被災者のどちらを住民票上の世帯主として届け出たかにより、自立支援金の支給を受けられたり受けられなかったりする事態が生じることになるところ、これは、世帯間差別に当たる」。また、「一般に、結婚した男女が世帯を構成する場合、男性が住民票上の世帯主となることが圧倒的に多い」のであり、世帯主被災要件は「自立支援金の支給において、女性を男性よりも事実上不利益に取り扱う結果となる」とされた。

本件判決は、世帯主被災要件が不合理で公序良俗に反するかを判断するにあたり、世帯間差別か、あるいは男女間差別か、という視点を考慮に入れている。そもそも自立支援金制度は阪神・淡路大震災から3年半を経て設けられていることに注意を要する。震災直後であればともかく、ときの経過とともに相当数の世帯において結婚などのため構成員が変動している。世帯構成員のある者は被災者であるが他の者は非被災者であるという本件 X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub> のようなケースも多くなる。

こういった状況の下で世帯主被災要件を当てはめれば、世帯主が被災者で他の構成員が非被災者の場合、支援金を受給できるが、世帯主が非被災者で他の構成員が被災者の場合、受給できない。これは不合理な世帯間差別であり、これだけでも世帯主被災要件の公序良俗違反が認定できそうである。また、世帯主は多くの場合男性であることに鑑みると、事実上女性差別的効果を生ずる。事実上の差別的効果であるが、これを本件では性差別と構成しうるか否かを問う必要はないのではあるまいか。顕著な差別的効果が事実として生ずること自体が、不合理な世帯間差別があることとあいまって、世帯主被災要件の公序良俗違反の判断につながっているのではないか、と思われる。

### 3. 夫婦別姓訴訟<sup>(23)</sup>

間接差別が最高裁判所（以下、最高裁）において正面から問われた、夫婦別姓訴訟を検討の俎上にあげてみよう。民法 750 条によれば、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と定められている。夫婦間の話し合いにより、どちらの氏を称してもよいのであるから、規定それ自体としては性中立的である。しかし現実には、96%以上の夫婦において夫の氏を選択している。そこで本件の当事者は、民法 750 条につき、女性に不利益を負わせる効果を有する規定であるから憲法 14 条 1 項に反する、と主張した。こうして間接差別の争点が浮上することとなったのである。

最高裁はまず、憲法 14 条 1 項違反が生ずるのは、さしあたって直接差別の場合である、との判断を示す。本件規定は「その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない」。「したがって本件規定は、憲法 14 条 1 項に違反するものではない」。

ところが最高裁は間接差別に関して微妙な言及をしていることが注目される。「もっとも、氏を選択に関し、これまでは夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況にあることに鑑みると、……仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法 14 条 1 項の趣旨に沿うものである」。

この論理の運びからすれば、本件で問題になった間接差別について、憲法上の性差別に該当すると端的に認めることはできないが、さりとて憲法上の平等と無関係ということもできない。間接差別がないようにすることが「憲法 14 条 1 項の趣旨に沿う」。そして憲法 24 条について、「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に

(23) 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2586 頁。

制約されることのないように図ること等についても十分配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるもの」として、いることが注目される。これからすれば、本件のような間接差別がないように図ることも、婚姻制度に関わる立法裁量を限定する指針となる<sup>(24)</sup>——もっとも結論的に、憲法 24 条に反するものではないとされた——。

本件で最高裁が示した間接差別の憲法上の位置づけは、示唆に富む<sup>(25)</sup>。ただ、本件を間接差別一般につき判断を示したものとみるのは、早計に過ぎるかもしれない。本件の調査官評釈が示すように<sup>(26)</sup>、夫婦の氏の選択は夫婦となろうとする者の間の協議に委ねられている。つまり、民法上の規定と女性に不利な差別的効果の間に、当事者の（形式上は）任意の判断が介在するのであって、そういう場合の間接差別と、「規定の在り方自体が差別的効果を生み出している」場合の間接差別とは、やはり区別されるのが適切ではあるまいか。つまりひとしく間接差別といっても、焦点となっている規定と差別的効果との間の「つながりの緊密さ」にはグラデーションの差異がある<sup>(27)</sup>。換言すれば、「規定→当事者の判断→差別的効果」というタイプと、「規定→差別的効果」というタイプとは、分けて考えうると思われる。

本件において問題になったタイプの間接差別について、差別的効果がないようにすることは「憲法 14 条 1 項の趣旨に沿う」とされた。これに対し、「規定の在り方自体が差別的効果を生み出している」タイプ、あるいは差別的効果の

---

(24) こうして、「主たる論争の場である憲法 24 条適合性の検討の場には実質的平等の問題も送致され」ることになったわけである。床谷文雄「判批」判例評論 694 号 26 頁以下、29 頁（2016）。

(25) 本件において最高裁に提出された高橋和之「意見書」（別姓訴訟を支える会のウェブサイト参照）は、戦後の民法改正の際、750 条について『『差別の目的』を認定することも困難ではない』としている。

また、巻美矢紀「憲法と家族」長谷部恭男編『論究憲法』331 頁以下、340-341 頁（2017）は、96%以上の夫婦が夫の氏を選択するという極端な不均衡について、機会の平等の実質的保障の問題としている。

(26) 畑佳秀「判解」曹時 68 巻 12 号 213 頁以下、251 頁（2016）。

(27) 長谷川聡「雇用における間接差別の概念と理論」日本労働法学会雑誌 108 号 197 頁以下、200 頁（2006）は、間接差別を類型分けしており、興味深い。

ある規定が差別的意図の下で制定されたという場合はどうか。このような間接差別問題であれば、憲法14条1項との緊張関係はより強まるし、場合によっては憲法14条1項にいう性差別となるのではなかろうか。

### Ⅲ アメリカにおける差別的効果論を支える平等理解

#### 1. アメリカにおける二つの平等理解

わが国の裁判例をみてきたが、次いで比較法的検討に移ろう。そもそもわが国の男女雇用機会均等政策研究会報告書が指摘するように、間接差別の法理がはじめて登場したのはアメリカである（差別的効果の法理として）。では、アメリカにおけるいかなる平等理論がこの法理の育成土壌となっているのであろうか。

アメリカの平等論において、しばしば論じられる理論枠組みとして、反別異原理（*anticlassification principle*）と反従属原理（*antisubordination principle*）の対比がある<sup>(28)</sup>。反別異原理は、平等保護条項につき、人種など不快な区別事由によって個人を別異に扱うことを禁ずるものととらえる。差別を行う公的行為の形式に焦点が当てられるといってもよい。これに対し、反従属原

(28) See e.g., Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 HARV. L. REV. 1470, 1472-73 (2004) (hereinafter cited as Siegel, *Equality Talk*); Norton, *The Supreme Court's Post-Racial Turn Towards a Zero-Sum Understanding of Equality*, 52 WM. & MARY L. REV. 197, 206-07 (2010); Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 YALE L. J. 1278, 1287-89 (2011) (hereinafter cited as Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization*).

なお、Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 MINN. L. REV. 1049, 1052-53 (1978) は、差別行為者の視点と差別の被害者の視点という対比を提示している。差別行為者の視点からすれば反別異原理の立場に近づくのに対し、差別の被害者の視点からすれば反従属原理の立場に近づく。

ちなみに、反別異原理と反従属原理の対比に関しては、安西文雄「憲法14条1項後段の意義」論究ジュリ13号71頁以下、73-74頁（2015）も参照。

理は、歴史的に劣位におかれてきた集団のメンバーについて、不当な社会的階層化の害悪が及ばないように保護するものととらえる。この原理の下では社会的地位の格下げという害悪（status harm）に焦点がおかれる、といえよう。

## 2. アメリカにおける平等問題の歴史的展開を読み解く

アメリカにおける平等論は、反別異原理と反従属原理という上記の二つの原理が、いわば顕教と密教となり、あるときはあい手を携えて、またあるときは反発しあって、歴史的に展開してきた。平等論に関し活発に議論を展開している R. Siegel によれば<sup>(29)</sup>、次のように整理される。

平等保護条項に関する比較的初期の段階の事案においては、二つの原理は同方向を志向するものであった。伝統的な人種差別を例にとれば、反別異原理の立場では、人種という事由によって人を別異に扱う点で許容しがたいものとされたが、反従属原理の立場では、人種的マイノリティのメンバーに対し、その地位の格下げという害悪を及ぼすため許容しがたいものとされた。このようにポイントとなる点は異なっても、人種差別を拒否する方向は同じであったのである。

ところが1970年代ごろから、二つの原理の間で乖離がみられるようになる。アファーマティヴ・アクション論争はまさにそれであった。反従属原理の立場からはアファーマティヴ・アクションは求められる、あるいは望ましいものとされる。アフリカン・アメリカン（黒人）など人種的マイノリティのおかれている劣位の位置づけを是正しようとするものであり、反従属原理の立場に適合するからである。これに対し反別異原理の立場からは、アファーマティヴ・アクションは批判的にとらえられる。人種を考慮したアファーマティヴ・アクションが人種という疑わしい事由により人々を区別するものであることは否定しが

---

(29) Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization*, *supra* note 28, at 1289-93. なお、Siegel は反別異原理と反従属原理との関係につき次のように指摘する。両者は友であると同時に対立もしている。ただし歴史からすれば、反従属原理が根源にある。Siegel, *Equality Talk*, *supra* note 28, at 1477.

たいからである。

アファーマティヴ・アクションのみならず、本稿で問題にしている差別的効果の法理についても、どちらの原理に立脚するかにより評価が異なる。反従属原理の立場では、歴史的に劣位におかれてきた人々に対する不利な効果があればまさに問題にすべきであるから、差別的効果の法理は平等論において考慮すべきこととなる。ところが反別異原理の立場では、公的行為の形式に焦点をあてる。とすれば、規定の形式上は人種中立的である以上、たとえ差別的効果が生ずるにしても特に問題にすべきものではない、とされる。

## IV 差別的効果の法理と憲法上の平等との関係

### 1. 問題の所在

既に述べたごとくアメリカにおいては、雇用における差別的効果の法理は、1964年公民権法7編に関する判例によって展開してきている。では、そういった法理は、憲法の平等規範（平等保護条項）といかなる関係にあるのであろうか。

これに関しては、大きく二つの選択肢がありそうである。一方の極には、憲法上の人種差別、性差別などは、中立的基準の差別的効果の場合をもカバーする、とみる立場がある。この立場においては、公民権法など法律で差別的効果禁止規定をおくことは、基本的には憲法の平等規範の要請の確認の意味をもつにとどまる（確認説）。

他方の極には、憲法上の人種差別や性差別は、人種や性別などの区別事由が明示されている場合のみを意味する、とみる立場がある。この立場においては、法律で差別的効果禁止規定をおくことは、憲法の平等規範の要請を超えて、法律によって新たな領域を開拓、創設したものの、ととらえることとなる（創設説）。

### 2. アメリカにおける判例展開

人種などの区別事由を明示的に用いているわけではないが、特定の人種的マ

イノリティに対し不利な効果が生ずる場合、憲法上の人種差別と構成されるか。この点に関しアメリカ連邦最高裁がはじめて立場を明示したのが、Washington v. Davis<sup>(30)</sup> である。

この事案では、ワシントン特別区の警察職員採用においてテスト 21 という言語能力テストが用いられた。この結果、アフリカン・アメリカン（黒人）の不合格率が高く、白人の場合に比して4倍の不合格率であった。本件の当事者（アフリカン・アメリカン（黒人））は、これにつき人種差別であり憲法に反するとして争ったのである。

この事案は、言語能力テストという人種中立的な基準を適用した結果、人種差別的な効果を生じてしまったもの、と位置づけられる。このような場合でも憲法の見地から人種差別と位置づけうるのか、がまさに問われることとなった。

連邦最高裁は、ここで、公権力側の差別的意図に着目する論理を展開する。「人種差別であると主張される法律の不快な性質は、人種差別的意図に行き着くものでなければならない」<sup>(31)</sup>。「本件におけるテスト 21 による人種差別的なインパクトが黒人を差別しようとする意図的な工夫であり、……黒人志願者の憲法上の権利の侵害になる、という結論を確証するものはない」<sup>(32)</sup>。よって、人種差別ととらえ厳格審査を適用することはできない、と判示された。

本件は、人種中立的な基準が差別的効果を伴う場合に憲法上どう扱うか、連邦最高裁が立場を示したリーディング・ケースと位置づけられる。人種という区別事由を明示した差別、およびそういう区別事由を明示していないが人種差別的効果を生ずるもののうち、差別的意図をもって当該措置がとられた場合——学説上、意図テストといわれる——が、憲法上の人種差別だ、というのである。

さらにもうひとつ、意図テストに関わって留意されるべきなのが、Person-

---

(30) Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).

(31) *Id.* at 240.

(32) *Id.* at 246.

nel Administrator of Massachusetts v. Feeney<sup>(33)</sup> である。マサチューセッツ州では退役軍人優遇法が制定されているが、退役軍人として優遇を受ける者のほとんどは男性であるので、この法律は性差別であるという争点が提起された事案である。

連邦最高裁は、この事案において注目すべき判断を下している。まず、性差別においても Washington v. Davis 以来の意図テストが適用されるとした。そこで、本件法律による区別は性中立的であるかが検討されるが、この点は肯定される。「退役軍人たる地位は男性だけのものではない」。「多くの男性は退役軍人ではないし、退役軍人ではない者は男性でも女性でも優遇を受けられないからである」<sup>(34)</sup>。

こうして性中立的な法律であることを確認した後、差別的意図の存否が問われる。結論的にその意図は認められないとされたが、その際、意図テストに関し重要な判示がなされている。差別的意図とは、「結果の認識としての意図にとどまるものではない。それは、判断者において、単にあるグループに対する不利益な結果にかかわらず (in spite of) 決めた、というのではなく、少なくとも部分的には、その結果のために (because of) 決めた、といえるものである」<sup>(35)</sup> 必要がある。

本件で判示された意図テストの内容はかなり厳しい。中立的規定の差別的効果のゆえに人種差別、性差別と認定されることは難しいといえる。

(33) Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney, 442 U.S. 256 (1979).

(34) *Id.* at 275.

(35) *Id.* at 279. 本文中で記したように、この要請はかなり厳しいものである。このように差別的意図を捉えるならば、意図に関する直接証拠が求められる、と指摘する論者もいる。See Rakoff, *Washington v. Davis and the Objective Theory of Contracts*, 29 HARV. C. R.-C. L. REV. 63, 65 (1994). ただし、こういった差別的意図に関する厳格な要請が、中立的規定の差別的効果一般に妥当するのかについては、慎重な考察が必要ではなかろうか。この事案のように、女性差別と構成することにかかなりの躊躇を覚えるような事案につき、まさにそういう事案であるがゆえに、差別的意図の証明に関し厳しいものを求めた、と解することもできそうに思われる。



### 3. アメリカにおける学説の状況

アメリカの判例は以上のごとく意図テストを用いているが、これに対し学説の潮流をみると、判例の立場をあまりに限定的であると批判し、中立的基準による差別的効果があるときに人種差別、性差別と構成される場合を拡大する方向で議論が展開している。

たとえば、L. Tribe<sup>(36)</sup> は、人種差別に関わって、意図テストを緩和する方向の議論を提供する。彼の立場は、差別的効果があるというだけで人種差別と構成するのではない。さりとて差別的意図がなければ人種差別と構成できない、というほど限定的でもない。「公的行為が、人種のグループ間に異なった効果をもたらし、かつそれが、歴史的に劣位におかれてきたグループに対する敵意を反映した、あるいはそのグループの利益に対する盲目・無関心のパターンを反映したとみられるとき」、厳格審査に付されるべきである、という。

また、C. Lawrence III<sup>(37)</sup> は、文化的意味テストを提唱する。人種的に差別的な効果がある、というだけで厳格審査に付されることにはならない。しかし明白な人種的偏見はまれであり、多くの場合、偏見は隠されたものとなっている。したがって、当該公的行為につき、たいていの人々が人種に基づくものだととらえるならば、無意識の人種の態度が作用しているとして、高められた審査基準を用いるべきである、という。

### 4. 若干の考察

これまでの考察をまとめると、アメリカにおいて判例は意図テストを採用するが、学説の趨勢は、それに批判的であり、憲法の見地から人種差別、性差別としてとらえられる領域はもっと広い、と主張している。こういったくい違いをどのように把握したらよいのだろうか。

---

(36) L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1515 (2nd ed. 1988).

(37) Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317, 355-56 (1987).

かつて L. Sager<sup>(38)</sup> は、司法的過小執行の理論（underenforcement thesis）を提示し、関心と呼んだ。司法部（連邦最高裁を含めて）は、憲法体制における位置づけ（非民主性など）のため、憲法の規範的意味を 100% 執行していないことがある、というのである。彼があげる例としては、たとえば政治問題の法理（political question）がある<sup>(39)</sup>。憲法の規範内容は存在するが、司法部としてはこれを執行しない、というものである。また、法律について明白な誤りがあるときのみ違憲とする場合があるが、これも司法的過小執行の一例だという<sup>(40)</sup>。

Sager は意図テストに関し言及しているわけではないが、彼の理論によって意図テストを読み解くことはできないだろうか。①明示的な区別事由がある領域、および、②中立的規定が差別的効果をもたらし、その規定が差別的意図により制定されている場合であれば、差別問題のコアに該当する。こういった場合であれば、司法部としても人種差別、性差別として司法審査の舞台にのせることができるだろう。

これに対し、③中立的規定が差別的効果をもたらし、その規定が差別的意図にもとづいているのではないが、無意識の人種差別的偏見、性差別的偏見が背景となっている場合はどうか。憲法上の平等規範のとらえ方により扱いが異なってくる。反別異原理からすれば、規定自体が別異扱いしているのではないから、人種差別、性差別ととらえることにブレーキがかかる。これに対し反従属原理からすれば、人種的マイノリティや女性の劣位の状況を維持・悪化させるものであるから、人種差別、性差別ととらえるべきこととなる。どの立場をとるかにより問題の扱いが異なり、確定的ではない。そうだとするならば、司法的に

---

(38) Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 HARV. L. REV. 1212 (1978).

(39) *Id.* at 1224.

(40) *Id.* at 1223.

執行することを差し控えるという選択肢が浮上するのである<sup>(41)</sup>。

アメリカの学説では、どちらかといえば反従属原理のとらえ方が有力であるから、上記③の場合、学説は人種差別、性差別でありうると主張し、これに対し判例は同調せず、差別的意図がある場合に限定して人種差別、性差別を認めようとするのには、以上のような背景があるのではなかろうか。

## 5. 差別的効果の法理の理解

公民権法7編の規定する、雇用における差別的効果の法理がカバーする領域は広い。たとえ学説中の有力説の立場を採用し、憲法上の人種差別、性差別の領域を意図テストで画される領域よりも広くとったとしても、この法理で扱われる領域は、それよりも広い。

そうだとすれば、中立的基準の差別的効果の領域は、憲法との関係では三層構造によって把握されることになるのではなかろうか。まずそのコアには、人種差別的意図、性差別的意図がある領域、換言すれば意図ルールで画される領域がある（領域A）。この領域に含まれる事案であれば、憲法上の人種差別、性差別であると同時に、公民権法7編上の人種差別、性差別でもある。

次に、人種差別的意図、性差別的意図があるとはいえないが、無意識の人種差別的偏見、性差別的偏見があり、それを背景にして雇用上の行為がなされ、差別的効果が生じるという場合がある（領域B）。この領域に含まれる事案であれば、学説は憲法の見地からして人種差別、性差別だと主張することもあるが、裁判所は憲法上の人種差別、性差別とはとらえない。しかし公民権法7編からすれば、雇用上の人種差別、性差別である。

第三に、無意識の人種差別的偏見、性差別的偏見があるとまでいえないにしても、差別的効果はあるという領域がある（領域C）。たとえば会社がある技能を有する職員を試験によって採用し、そこに性差別的偏見もなかったが、結

---

(41) さらに考察を展開するならば、Feeney 判決において示された差別的意図のかなり厳格な証明に関しても、司法的過小執行の理論から読み解くことができるのではあるまいか。

果として男性より女性の合格率が低かったという場合である。こういった場合、憲法上の性差別ではないが、公民権法7編上の性差別には該当する。

関連するが、Ricci v. DeStefano<sup>(42)</sup>におけるScalia裁判官の同調意見は、公民権法7編の規定する差別的効果論に関し示唆に富む見解を提示している。彼によれば、差別的効果の法理は広範に及ぶ、という。ある部分については、差別的意図を証明するための道具として位置づけうる。つまり、憲法上、差別的意図の証明が必要とされるが、その証明はうまくいかないことがある。そこで公民権法7編により、差別的効果があれば差別的意図も認められるとして、差別的意図の証明を容易化したと把握する。この限りで公民権法7編の差別的効果の法理は憲法上の差別とオーバーラップする。

しかし、差別的効果の法理は、差別的意図の証明のための道具として位置づけられるものに尽きるのではない、という。憲法上は人種差別、性差別といえないが、公民権法7編によりあえて人種差別、性差別と構成する領域である。そうすることにより問題になっている雇用上の行為・制度を法律違反とし、平等実現の方向で改善・是正を迫ることになるわけである。

さらに、学説でも例えばR. Primus<sup>(43)</sup>などは、公民権法7編に関し重層的理解を示す。憲法上の人種差別、性差別とされるためには差別的意図の証明が必要とされるが、その証明は困難である。そこで、差別的効果があるだけで公民権法7編違反とすることは差別的意図に対する予防措置となる面（証拠上の

(42) Ricci v. DeStefano, 557 U.S. 557, 595 (2009) (Scalia, J., concurring). なお、この判決は差別的効果の是正と差別的意図との緊張関係という、平等領域における興味深い問題点を提起している。アメリカにおいて議論の蓄積もみられる。本稿ではそれを扱いえなかったが、他日を期したい。

(43) Primus, *Equal Protection and Disparate Impact: Round Three*, 117 HARV. L. REV. 493, 520-32 (2003). Primusはここで、Evidentiary Dragnet論とIntegrating the Workplace論を提示している。さらに、Remedying Subconscious Discrimination論も提示していることが興味深い。これは本文中の論述でいえば、領域Bに該当するものと考えられる。

ちなみに、意図テストのうち人種の統合論に該当する部分に関しては、アファーマティブ・アクション類似の意味がある。これはPrimusも指摘しているところである。Id. at 525.

予防措置論)がある。しかし差別的効果論はそれにとどまらない。差別的意図の有無とは関係なしに、人種的階層構造——人種的マジョリティが有利な地位を占め、マイノリティは不利な地位を押しつけられる——を解消しようとするもの、ととらえる面(人種的統合論)もある、という。

本稿は先に<sup>(44)</sup>、公民権法7編の差別的効果論は、憲法上の人種差別、性差別とどういう関係にあるのか、憲法の平等規範の要請を確認しただけか、それとも新たな領域を創設したといえるのか、という問題点を提示した。以上みてきたところからすれば、差別的効果論は、憲法の平等規範の要請を確認している部分もちろんあるが、それを超え、社会における平等構造の実現を期している部分もある、ということとなる。そして後者の部分は、アファーマティブ・アクションと同方向の狙いをもつもの、ととらえられる。

## V わが国における間接差別論・再考

本稿のまとめとして、わが国における間接差別論について、どのような光を当てることができるか考えてみよう。

わが国の憲法学は、直接差別を考察の主軸に据えてきており、間接差別を正面から考究してきたとはいいいがたい。これはもちろん理論的進展の過程において、まず明白な平等問題といえる直接差別が俎上にあげられた、ということであろう。しかしそれだけであろうか。わが国の憲法学における平等の考察が、アメリカ憲法学の枠組みを参照していえば反別異原理を軸にして展開してきたこと、その反面として反従属原理の理解が定着していないこと、が背景にあるのではなかろうか。公的行為が疑わしい区別事由によって別異扱いすることを警戒する反別異原理中心型の理解であったがゆえに、中立的な区別事由による間接差別は比較的軽視されてきた、と思われる。

---

(44) 「IV 差別的効果の法理と憲法上の平等との関係」のうち、「1. 問題の所在」参照。

雇用機会均等法および厚生労働省令で定める間接差別がかなり抑制的であることはどうか。現在省令で規定されているものは、間接差別ではあってもかなり直接差別に近い。端的に性差別を明示することを避け、口実として身長・体重・体力要件を定める場合などがその例である。そして、このようなケースについてのみ省令を制定することの背景にも、反從属原理によって平等規範を理解する視点が社会に根づいていないという事情があるように思われる。

夫婦別姓訴訟における最高裁の平等理解についてはどうか。この事案で問題になった、当事者の（形式上は）任意の行為が介在するタイプの間接差別については、そのような差別がないことが「憲法 14 条 1 項の趣旨に沿う」という理解が示された。では、民法 750 条の制定に性差別的意図があったならばどうか、あるいは規定それ自体から差別的効果が生ずる場合はどうか、などについては明示的な判断はない。今後の判例展開に待つしかないが、アメリカ憲法判例を参酌するならば、法令の制定に際して性差別的意図があれば、憲法上の性差別と構成してよいのではあるまいか。さらにいえば、民法 750 条のように差別的効果がとりわけ顕著な場合、差別的意図の認定を緩やかに行う、という手法も検討に値するように思われる<sup>(45)</sup>。

---

(45) 高橋和之「同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界 879 号 138 頁以下、145 頁（2016）は「形式的平等扱いの下に一定以上の不平等が生じていて、立法者がそうなることを予測しながら敢えて形式的平等の扱いを立法した場合、あるいは、現実にもそのような状態となっていることを知ったのに、合理的期間内に改善措置を採ることなく放置した場合には、違憲と判断すべきであろう」という立場を提示する。